

ADR——解决民商事争议的新方法

李 凌

摘 要: 本文通过对解决民商事争议的新方法——ADR的基本涵义、种类及优缺点的阐述,分析了 ADR 在我国发展的前景,并对我国引入 ADR 制度提出初步设想。

关键词: ADR 仲裁 优越性 制度缺陷 设想

ADR 是“Alternative Dispute Resolution”的简称,可直译为“替代性争议解决方式”。在国际民商事争议中,ADR 已成为广泛应用的解决方法。本文拟就 ADR 的基本涵义、种类、优缺点以及 ADR 在我国的发展前景作初步的探讨。

一、ADR 的基本涵义

1. ADR 的概念

ADR 是民商事争议解决中替代诉讼的各种变通方法的统称。在对 ADR 的外延界定上,学者们的意见并不一致,集中体现在 ADR 是否包括仲裁。在法国,ADR 指法院判决或仲裁之外的解决争议的各种方法的总称;在美国及其他普通法系国家,有的将 ADR 置于法律框架内,有的则是受到相当限制的方法。^①笔者认为,在国内法上,诉讼作为解决民商事争议的主流,仲裁相对于诉讼来说运用得不很普遍,也属于诉讼的变通方法,属于 ADR;而在国际法上,仲裁已经发展成为具有一套严密程序的争端解决方式,且得到普遍运用,所以,在严格意义上不作为 ADR 的研究对象。

2. ADR 的兴起与发展及其原因

ADR 首先出现在 70 年代中期的美国,由于诉讼案件数量太多,使法院不堪重负,同时高昂的诉讼费用与旷日持久的诉讼过程也促使当事方寻求更快捷高效的争议解决方式。而 ADR 的出现大幅削减诉讼费用,当事方在争议的解决中掌握更多主权,充分体现意思自治,争议双方也能够维持良好关系。因此 ADR 在美国引起关注后,随即在欧洲大陆各国、日本、韩国、澳大利亚等国广为盛行,已逐渐成为国际民商事争议解决的主流,并呈现出职业化趋势,其特征是出现了一批专门提供 ADR 服务的律师和机构组织。尤其在美国,律师如果忽视了通过 ADR 为当事人挽回利益的可能性,将被视为失职。有些州还制定了职业的 ADR 程序规则。

ADR 发展的原因是多方面的,在其背后存在着不同的利益驱动。有人认为,ADR 的发展只是反映了人们对更高质量的争端解决方式的追求;有人认为 ADR 在提升民主程度方面有政治涵意,通过当事人对争议解决的参与,减轻司法机关的沉重负担;还有学者认为人们对更高效、更经济的争端解决方式的需求促使了 ADR 的发展。

笔者认为,司法系统面临前所未有的危机固然是促使 ADR 兴起与发展的重要原因,但是最根本的原因还在于冲突与谈判理论的发展。现代冲突与谈判理论认为冲突的解决必须在满足双方基本利益的基础上寻求合法持久的方法。其中最具有建设性的方法莫过于通过达成共识来调和双方的利益。通过协商挖掘实现共同获益(mutual gains)的潜在可能性,从而有效地使双方利益都得到满足。由于合意性解决途径属于双方协商达成协议,从而取得其合法性,当事方也更乐于自觉遵守该协议。但为避免谈判僵局,保证谈判结果的永续性和最低标准的合法性,这种以利益为基础的合意程序必须以确认和实现权利的程序作为后盾,即冲突双方必须在法律的“荫蔽”下进行谈判。双方都清楚进入诉讼可能出现的结果,在此基础上互相作出让步,从而达成协议。真正有效的冲突解决方法必须兼具便利的合意程序以及有效的法律后盾,正如在国际商务中,通常采用民间仲裁的方式解决争议,而民间仲裁是以与争端有关的国家的法律体系为后盾的。合意程序与法律后盾之间存在着相辅相成的关系,因为一个有效合法的后盾有助于提高谈判的质量,而谈判就象过滤器一样,将最适于由诉讼来解决的争端留给法院。因此产生了新的争端解决方法“诉讼下谈判”(litigation),这也正是 ADR 产生的背景。

3. ADR 与仲裁

ADR 与仲裁之间决定性的区别在于独立第三方

收稿日期:2000-06-30

扮演的角色不同。仲裁中,仲裁员必须保持其独立性和公正性。若当事方不能自行解决争端,独立第三方将被要求作出有约束力的裁决,而且该裁决必须是(至少看起来是)一项独立公正的裁决。ADR则有所不同,独立第三方的任务是促成争议双方达成在其看来较为明智的妥协。这并不意味着该独立第三人可以以一种偏袒的方式解决争议,而是说通常的独立性公正性原则,不宜适用于ADR中的第三人。因为从本质上来看,ADR中的第三人主要的任务并非裁决,而是设法促使争议双方自行达成协议、解决争端,至于这项协议是否不偏不倚则在所不问。

ADR与仲裁中独立第三方角色的不同,导致了二者另一个显著的区别,即仲裁裁决具有一定法律强制性,如果一方当事人不愿履行裁决时,有关当事人可向法院申请强制执行。而ADR并不产生一个有拘束力和强制力的裁决,调解人不能强迫当事方达成协议,也无权将自己的裁决强加于当事方。争议双方若不能通过ADR解决争端,仍可求助于仲裁。按大多数ADR机构的规则,调解人在调解失败后,不能再以仲裁员身份继续处理同一项争议。因为,如果一个人已经以某种资格试图解决一项争议,并已获得其中的机密信息,原则上就不宜再以另一种身份处理这项争议。与仲裁相比,ADR还没有一套在国际上被普遍接受的规则,当事方有权选择解决争端的程序。但有一条规则已普遍得到认同,那就是在调解人作出决定前,应确保争议双方都有机会反驳对方提供的证据。

二、ADR的种类

1、中立听证协议(The Neutral Listener Agreement)

这是由美国的公共资源中心制定的调解规则之一。在该规则之下,争议各方共同选出中立第三方,并以机密方式向其提交所认为最佳的争议解决方案。中立人据此判断各方的观点是否实质上相似或有重叠之处,谈判的余地有多大。若中立人认为各方的立场可进行协商,就由他在争议各方的同意下安排谈判,以帮助他们消除分歧,而非通过作出有约束力的决定来解决争议。

2、微型审理(Mini-trial)

微型审理有各种形式,但基本程序是一样的。由第三方以及争议双方各自指派的一名高级管理人员组成微型审理小组。各方就这一过程的根本规则达成协议,严格限制提交的文件数目以及各方准备陈词和陈述意见的时间。在指定的听证日期(一般不超过两天),先由双方分别陈述意见,再由分别代表争议双

方的管理人员自行碰头力图达成协议。当事方如有要求,中立方将就争议若进入诉讼阶段最可能产生的结果给出口头意见。在此基础上,争议双方再度进行磋商以寻求解决方案。微型审理有时又被称为“妥协谈判”,整个过程是非公开的,并且在嗣后提起的诉讼过程中不能引用。但是在通常的诉讼中允许提供的证据,并不因为其在微型审理中使用过而被禁止作为呈堂证供。

3、密执安式调解(Michigan Mediation)

该调解方式于70年代产生于美国密执安州,实际上它并不是一种调解,它是法院要求当事方在诉讼阶段前经过的司法程序,以期在诉讼外较快捷地解决争议。法院提供调解员名单,双方的代理律师各自从中选出一名,再由这两名调解员共同选出第三名调解员。在调解过程中,允许双方律师就争端进行辩论。根据规定,调解员必须在十天之内作出裁决,各当事方必须在裁决作出之后的二十天之内表示是否接受该裁决,未在规定时间内作出表示的,被视为对裁决的接受。如果双方当事人都表示接受该项裁决,那么法院将按照裁决数额作出判决。但如果有一方当事人拒绝该项裁决,此项争议将按正常程序进入审判阶段。当双方当事人都拒绝接受调解裁决时,若此后的判决与裁决相差不超过10%,则双方各自承担其诉讼费用。如果判决的数额比裁决高出10%以上,那么被告必须承担诉讼费用,其中包括整个审判过程中每天的开销。相反,如果判决的数额比裁定的数额低10%以上,那么原告方必须承担诉讼费及相关支出。

除了以上介绍的几种形式,ADR还可以采取很多形式,如简易陪审团审判(Summary Jury Trial)、最后报价仲裁(Final offer arbitration)、早期审理评议(Early Trial Evaluation)等。

三、ADR的优越性

1、降低交易费用

首先,ADR程序一般在争端产生之初即被启动,且在时间上有严格限制。一个典型的商事调解只需一至三天时间,相比之下,普通的国际仲裁耗时达两年以上。其次,ADR的快捷以及在人数上要求较少必然带来另一个优势——花费金钱数额较小。再次,在间接费用方面,ADR有效避免了因将争端诉诸法庭而导致的运营上的不稳定、管理层时间和精力的浪费以及对企业自身形象的损害。

2、降低风险

ADR与诉讼的关键性区别在于,ADR中纠纷的

开始和最终解决方案的提出这两个阶段,都必须获得当事人的合意。这种合意的二重获得使ADR在程序上有了较大的弹性,同时也使解决结果有更大的回旋余地。各种类型的ADR都是以当事人的意思自治为前提的,是否参加调解以及是否接受调解结果都由当事人自行决定,当事人甚至可能享有在什么时候退出调解程序的自由。唯一的风险在于调解没能达成预期的协议,带来预期利益,致使白白投入了一笔资金,但这笔有限的投资与启动其后的司法程序的成本相比,只占其中的一小部分。此外,ADR具有相对良好的机密性:允许哪些人知道争端的存在及争端的解决,允许哪些人知悉在谈判中可能涉及的机密,都可由争议双方自行掌握。

3、以利益为指向

诉讼中单纯的权利审判,使争端的解决局限于法律规范的条条框框中。权利的确认固然与利益紧密相连,但权利并不等于利益。任何一项救济程序成功与否都应以根本利益的充分实现与否为标准,ADR以法院作为权利确认和实现的后盾,正是将焦点集中于双方根本利益实现的最大化。ADR中管理层的直接参与正体现了这一点,公司的主管关心的是公司所能获得的商业利益以及与之相关的商业战略,他们往往比律师更具有处理争端的权威,不仅能加速争端的解决,而且能达成更具有前瞻性的协议,甚至还可能在争端的化解中又谈成一笔生意。

四、ADR的制度缺陷

ADR的优越性并不是绝对的,在实践中ADR的一些特点也带来了其制度上的一系列缺陷,尤其在国际民事争议中,突出表现在对竞争性程序的排除以及解决结果的终局性与执行力方面。

1、难以保证当事方的参与以及对竞争性程序的排除

充分发挥ADR的优势必须以当事方的自愿参与为基础,但当谈判进入僵局,看似和解无望的时候,当事人的参与就很难得到保证。实际上,当事人往往高估了他们在诉讼或其他争端解决方式中所能获取的利益,然而却常常遇到意外的损失,只要他们尝试采用调解或微型审理等ADR方式,就会意外地发现原来认为不可能达成的协议竟然达成了。这正是ADR中规定参与义务的意义所在。问题是该义务是否能够得到履行以及如何解释该条款。ADR协议能否实际履行仍然是个开放性问题,既然ADR程序以当事人自愿合作为协商成功的必要条件,在任何情况下,

实际履行都显得有悖于这一宗旨,因此只能在ADR条款中作一些间接的变通规定,比如支付违约赔偿金以及排除或延迟其他救济程序的启动。除非当事人在协议中对这些条款的履行作出明确规定,一般由法院来决定是否存在对ADR条款的违反以及相关后果,但又恰恰缺乏这方面的审判实践和判例体系以预测各国的法院将如何解释及执行这些条款。至于形式上对程序的参与,如仅仅到场而已是否算是充分履行义务,还是需要为调解结果的达成作出一定努力,这种努力又该如何衡量,这些问题即使在这方面法律相对较完善的美国也远远没有得到解释。

在ADR条款中规定排除其他竞争程序是促使当事人履行参与义务的间接手段,同时也是为了避免在跨国争端中由于在不同国家同时采取多种救济措施而导致结果不同。但在实际履行上,虽然可以通过违约赔偿来促使当事人履行在协议期限内不提起诉讼的义务,但却难以保证法院对该项义务的确认。虽然国内法在实践中往往把ADR作为特殊的广义上的“仲裁”,从而适用仲裁中有关排除竞争性程序的法律,但却无法保证争议所涉的其他国家不行使其司法管辖权。《1958年关于承认和执行外国仲裁裁决的公约》(即纽约公约)仅适用于单纯意义上的仲裁,因此,在没有任何国际公约对ADR程序的排他性效力予以确认的情况下,法院是不会对自己的管辖权进行限制的。

2、难以保证解决结果的终局性与执行力

ADR中当事人所达成的协议仅具有合同的法律性质,不具有法院判决或仲裁裁决的终局性和既判力(res judicata effect),因此无法排除此后针对同一事项提起的司法程序,ADR的结果本身也不具有直接的执行力,而只能作为合同请求提起诉讼。迄今为止,还未有任何一个国家的法律或者国际公约对通过外国调解程序达成的争端解决方案予以确认并对其执行力作出规定。

但在某些情况下有一些例外,比如根据德国的民事程序法典(ZPO)第1044条第2款的规定,经由两名律师签署的解决方案具有与仲裁裁决同等的执行力。还有些国家的法律规定,记录于公共文书(public instrument)中的ADR解决结果具有与法院判决或仲裁裁决相似的效力。但这类规定只适用于国内的争端解决,却不能保证其执行力获得外国的承认,只有少数几项国际条约对外国的可执行公共文书(排除法院判决和仲裁裁决)的效力和执行力予以确认,例如根

据1968年关于民商事争议中法院管辖权和判决的执行的布鲁塞尔公约第50条的规定,在确认和执行成员国可执行公共文书的程序上必须视同为来自该国的判决。

此外,一些当事人希望通过ADR条款本身的规定来加强第三方所提出的解决方案的效力,例如规定其在后续程序中具有可被承认的效力,或者在一定情况下对拒绝第三方解决方案的当事人课以罚金。但这种制裁能否得到法院的确认,同样遇到缺乏相关的国内法以及审判实践的问题。至于规定第三方建议在后续程序中获得承认,无疑限制了法院在证据评估以及证据力的衡量方面的权利,而法院是不会允许自身受到当事人协议达成的此种ADR条款规定的制约的。

通过以上分析不难看出,由于ADR程序本身不具有拘束力,必须依靠一个强有力的后盾程序,因此至少要保证ADR程序不排斥像法院诉讼这样作为后盾的程序。同时,在ADR程序启动时又要排除竞争性程序以保证当事人的参与和争议的解决。所以,如何协调ADR与其后续程序的关系,将其完美地结合在一起,是ADR制度设计的关键所在。

五、我国引入ADR制度的初步设想

ADR不仅可用于解决国际民商事争议,也可适用于国内的民商事争端。实际上我国司法制度中已有ADR的雏型。首先,仲裁制度在我国已得到了较充分的发展,不仅形成了由国内立法与国际公约共同构成的较为完整的法律体系,而且建立了众多的仲裁机构,受案量逐年增长。此外,早在新民主主义革命时期,我国就已建立了调解制度,对建国后的民事诉讼立法具有重要影响。但这些并不能说明我国已经有了ADR制度,因为ADR制度是各种替代性争议解决方式的有机整体,不仅需要各种适应不同类型争议的ADR方式,而且彼此之间必须形成有机的联系。从这一角度来看,我国的ADR制度远没有形成。

(一)完善具体的ADR方式

目前,当务之急是借鉴国外的ADR制度,改革我国的调解制度,尤其是我国的法院调解。现行的法院调解在以下方面存在着弊端。

1.法官扮演双重角色引起冲突。我国目前实行的是调审合一的诉讼制度,调解贯穿于民事诉讼始终,没有独立的调解阶段,法官既是调解者也是裁判者,调解与判决成了法院行使审判权的两种方式。调解在诉讼中进行,法官作为诉讼过程中的主导者,判

决权与调解权融为一体,往往会在双重身份之间游移,使调解具有或明或暗的强制力。法官可以说服、强制双方参加调解,要求某一方作出让步,最后还可以通过判决阶段实现调解没能实现的目的,造成不愿让步的当事人一念及法官可以通过判决阶段令其让步,就不得不在调解中妥协。这种调解已完全违背了双重合意的原则,即自愿参加调解与自愿达成协议。

2.调解程序的非规范性与审判程序的规范性相冲突。调解在理论上也要求查明事实,分清是非,但在实务上不要求做到这一点,只要双方当事人能达成协议,有没有证据并不重要,因此调解程序具有流动性和非正式性特征。⁽²⁾而判决是严格按照法律规范进行的一套严密的逻辑推理作出的结论。⁽³⁾这两个阶段必须截然分开,前一阶段的结论不应作为后一阶段的前提或依据。

3.调解协议的拘束力得不到保障。当事人达成的调解协议具有契约性质,应对当事人产生拘束力。虽然大部分调解协议需要法院制作调解书,经当事人签收后才生效,但在此之前当事人在调解协议上签字时起,协议作为一种契约就成立了。在现行制度下,有一方当事人拒绝签收调解书,就视为调解不成,丝毫没有任何契约上的拘束力,使得调解的作用得不到充分发挥,浪费了大量司法资源。

综上所述,我国法院调解的一系列弊端根源在于法官的职权性介入,使自愿原则无法得到贯彻,当事人的权益得不到充分保护。相反,在ADR制度中,法官不负调解职责,调解中不存在职权性强制力量,在自愿基础上达成的协议才能得到较好的执行,从而达到节约司法资源,尽快解决纠纷的目的。近年来已有一些学者提出调审分立的改革建议,⁽⁴⁾笔者认为应将调解从法院的职能中分离出来,法院调解不应是法官主持的调解,而是在法院内进行的由法院文书赋予其效力的调解,可对现行的法院调解作如下改革:

1.实行调审分立。不再赋予法官主持调解权,法院为当事人提供的是调解员名单和调解场所。律师、仲裁员以及退休法官经过一定的资格认证后可以成为名单上的成员。法院可设调解室,受案后法院可通过有效途径询问双方当事人是否愿意调解,由双方当事人选定调解员,然后移至调解室。在诉讼进行过程中,若双方当事人自愿调解,也可暂停诉讼,移至调解室进行调解。

2.调解过程中严格遵循当事人意思自治原则及机密性原则。调解员只提出建议 (下转第54页)

式,可由双方当事人协定,协定不成,由法院判决一次性给付或定期给付。

建立损害赔偿制度,是此次修改婚姻家庭法中达成的一致共识,但对于如何进行赔偿,有些学者主张用不均等分割夫妻共同财产的办法给无过错方一定的补偿。笔者不赞同此观点,因为它混淆了共同财产权与损害赔偿权,而且,在实践中,假如没有共同财产,或可分割的共同财产不足以补偿无过错方,又该如何处理?我们认为,损害赔偿是一项独立的权利,是因为侵权行为而产生的财产权利。一般来说,请求损害赔偿符合下列条件:(1)对方配偶有过失,即在其方面须有有责之离婚原因。(如文章中所述第三款第一、第二、第三、第四项情形的)(2)须为违法,其违法性在于他方人格权被侵害,婚姻关系遭破坏。(3)须有损害事实,它包括财产上和非财产上损害(即精神损害,包括受害人因离婚所受精神上的痛苦,因他方虐待、遗弃、通奸、重婚等所受的痛苦,尤其是年老之妻被离婚时,其痛苦尤甚。)符合上述三个条件的,均可向法院提起损害赔偿请求,法院应根据双方当事人婚姻关系存续时间长短,受害人年龄,所受痛苦程度,自营生计能力等因素判定损害赔偿数额。同时,对于第三者介入他人家庭,造成婚姻关系破裂的,也可追究其侵权行为,承担损害赔偿责任。

(上接第44页)

而不作裁决,双方当事人可决定争议的存在及解决、谈判中涉及到的商业秘密等机密性内容不得公开。同时明确规定,一旦调解失败,调解过程中的妥协让步等阶段性结论不得在诉讼中被引为依据。

3、通过设立罚金规定,加强调解协议的拘束力。在保证了调解的自愿原则的基础上,适当加强调解协议的拘束力是必要的。可借鉴国外的ADR规则,如规定拒绝签收调解书的这一方当事人在判决中没有得到比调解更为有利的判决时,必须承担双方的诉讼费用及相关支出。

(二)加强统一的ADR制度建设

改革法院调解制度只是建立我国的ADR制度过程中的一个环节,现有的人民调解、和解等诉讼外争端解决方式的改革也同样势在必行,对于国外各种各样的ADR方式应进行选择性的借鉴。在此基础上,应重视ADR作为一个统一整体的制度研究,例如调解与仲裁的关系以及这两者与诉讼制度的关系,只有在各种层次的ADR方式之间形成有机的联系,才能称之为一种制度。在国外,这方面的研究相对较为全

此外,离婚后,父母对子女的监护制度,尤其是探视权的确立也是相当重要的。现实中,许多人都将监护权看作是一种私权,有的父母把孩子当成特殊财产,争养独生子女,剥夺另一方抚养、教育、探视子女的权利。这种做法不仅侵犯了父或母一方的合法权利,而且也损害了子女的利益,不利于子女健康成长。为此,在此次修订中,对子女的探视权应予确立,在监护制中应增加相关条款并规定得详细一些。只有这样,我们修订后的《婚姻家庭法》,才能更加符合中国实际情况,更好处理夫妻诉讼离婚,维护当事人合法权益,实现对弱者的法律救济,体现法律公平、公正原则。

参考文献:

1. 史尚宽著:《亲属法论》,中国政法大学出版社出版
2. 陈苇:《完善我国夫妻财产制的立法构想》,《中国法学》2000年第1期
3. 陶毅:《婚姻家庭法》(离婚章试拟稿),《法学评论》2000年第1期

作者单位:福建中华职业大学
责任编辑:林友华

面和深入,在一些国家的大学中开设了专门的ADR课程;并将ADR制度中具体方式之间的关系界定写入了ADR规则中。这些都值得我国的ADR研究者与立法者借鉴。

注释:

- (1)袁泉等:《ADR——西方盛行的解决民商事争议的热门制度》,《法学评论》,1999年第1期
- (2)戈尔 著《法律哲学》,齐海滨译,三联书店1987年版,第223页
- (3)贾连杰 陈攀:《从美国的ADR看我国诉讼调解的困境与出路》,《河南政法管理干部学院学报》2000年第1期
- (4)王亚新:《论民事、经济审判方式的改革》,《中国社会科学》1994年第1期;李浩:《民事审判中的调审分离》,《法学研究》第18卷第4期

作者单位:厦门大学法律系
责任编辑:林友华